

# DE DREIGENDE PROLIFERATIE VAN MENSENRECHTEN

*P.B. Cliteur*

In deze bijdrage wil ik een juridische wetmatigheid presenteren. Het gaat om het inzicht *dat de hoeveelheid mensenrechten (ik zal hierna spreken van constitutionele rechten) uit de aard der zaak een beperkte categorie is*. Ook wil ik een zekere zorg uitspreken: wanneer we dit inzicht niet respecteren dan zal dat desastreuze consequenties hebben voor de mensenrechtentraditie. Dreigend op het moment is 'proliferatie' of wildgroei van mensenrechten. Alvorens dit duidelijk te kunnen maken moet ik echter eerst een typologie van rechten introduceren.

## 1 De nomenclatuur van rechten

Rights-talk, het formuleren van wensen en het doen van aanbevelingen met een beroep op rechten, komt voor op verschillende niveaus en het door elkaar halen van die niveaus is een van de dingen die het spreken over rechten zo verwarrend maakt. Men zou vier soorten rechten kunnen onderscheiden.<sup>1</sup> Daarbij gaat het overigens niet om vier verschillende soorten rechten die iedereen zal erkennen, maar om vier manieren waarop we in het alledaagse spraakgebruik een beroep op rechten kunnen onderkennen.<sup>2</sup> Zo kunnen we onderscheiden tussen (a) gewone juridische rechten, (b) constitutionele rechten, (c) gewone morele rechten en (d) universele of natuurlijke rechten. De eerste twee categorieën rekenen we doorgaans tot het positieve recht; de laatste twee categorieën tot de moraal.

### *a Gewone juridische rechten*

Allereerst het minst controversiële: het gewone positiefrechtelijke niveau. Spreken we op dit niveau van een recht dan verwijzen we naar het positiefrechtelijk systeem, waaraan we een recht ontleen. We zouden kunnen spreken van *juridische rechten*. Wanneer ik bijvoorbeeld tegen de schilder zeg dat ik een recht heb op een deugdelijke afwerking van het schilderwerk van mijn huis, dan baseer ik mij op de regeling over aanneming van werk, zoals gere-

<sup>1</sup> Vgl. in het algemeen A.R. White, *Rights*, Oxford UP, Oxford 1984, evenals het schema van M. Cranston, Human rights, real and supposed, in: D.D. Raphael (ed.), *Political theory and the rights of man*, MacMillan, London 1967: 43-54; J.W. Nickel, *Making sense of human rights*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles 1987: 13 e.v. en M. Freedman, *Rights*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1991.

<sup>2</sup> L. Allison, Rights, in: L. Allison, (ed.), *Right Principles*, Basil Blackwell, Oxford 1984: 87-99 (88).

geld in het Burgerlijk Wetboek (art. 1637b BW). De schilder en ik hebben een overeenkomst gesloten, waarbij *ik* mij heb verplicht tot het betalen van een bepaald bedrag en *hij* tot het schilderen van mijn huis. Wanneer hij zich niet op behoorlijke wijze van zijn taak heeft gekweten dan spreek ik hem eerst aan met een verzoek: "Zou u niet de plinten nog even willen bijwerken?" Wil dat niet helpen dan beroep ik mij op mijn 'recht' op een behoorlijke prestatie van zijn kant. In deze zin is rights-talk een gesprek over de rechten die de wet aan opdrachtgever en opdrachtnemer toedeelt.

*b Constitutionele rechten*

Van de gewone positiefrechtelijke rechten moeten we dan een speciale categorie onderscheiden: de *constitutionele rechten*. De term 'constitutionele rechten' is in de literatuur onbekend (althans in de betekenis waarin ik het hanteer), maar ik denk dat het verhelderend is deze hier in te voeren. Deze term zou men dan kunnen reserveren voor rechten die binnen het positiefrechtelijke systeem een speciale status hebben gekregen, zoals een grondwet en een verdrag. In grondwetten en verdragen vinden we *constitutionele* rechten. Het is een verzamelterm voor wat ook wel wordt aangeduid als grondrechten en mensenrechten.<sup>3</sup> Het gaat hierbij om rechten die toekomen aan de burger, maar het zijn rechten van een meer fundamentele aard dan de gewone rechten die hij aan de alledaagse wetgeving ontleent. De rechten die we aan grondrechten ontleen worden ook op een bijzondere manier beschermd.

*c Gewone morele rechten*

Een derde manier waarop we over rechten spreken ligt iets gecompliceerder. We spreken van *morele rechten*.<sup>4</sup> Bijvoorbeeld in familie en gezin kan men zich op een dergelijke manier op rechten beroepen. Een huwelijkspartner die overspel vermoedt, spreekt de ander aan met het argument dat hij of zij 'recht heeft op de waarheid'.

Een groot deel van de rights-talk heeft trouwens betrekking op een 'recht op waarheid' of een recht op deugdelijke informatie. 'Zou ik in mijn eigen huis geen recht hebben te weten wat er omgaat?' 'Zou ik tegenover mijn eigen zoon geen recht hebben om te weten dat...'

Vanuit een bepaald perspectief is het praten over rechten op deze manier een vorm van taalvervuiling die alleen maar spraakverwarring met zich meebrengt. De grote tegenstander van rights-talk in deze morele zin was Jeremy Bentham wiens betogen tegen de mensenrechtenverklaringen even bekend zijn als die

3 De woorden grondrechten en mensenrechten hanteren we hier door elkaar. Soms wordt echter in die zin een verschil gemaakt dat men van grondrechten spreekt wanneer het gaat om hoger recht dat is neergelegd in een grondwet, van mensenrechten wanneer het gaat om hoger recht dat is neergelegd in verdragen. Ik zal de categorieën hier samenbrengen onder de term constitutionele rechten.

4 Vgl. de hoofdstukken 7-10 in Defense of moral rights, in: J. Feinberg, *Freedom and fulfillment*, Philosophical Essays, Princeton UP, Princeton, New Jersey 1992: 197-260.

van Burke.<sup>5</sup> Wat bedoeld wordt, zo zou een criticus van rights-talk in de geest van Bentham kunnen opmerken, is dat degene die het woord 'recht' in deze tweede zin gebruikt, vindt dat men een recht *zou moeten hebben*. Men heeft dat recht echter pas op het moment dat het wordt toebedeeld door de wet (Bentham: "from real laws come real rights"). Het zal niet verbazen dat Bentham en Austin om dezelfde redenen ook principiële bezwaren hebben tegen een vierde manier van rights-talk.

*d Morele rechten die aan alle mensen toebehoren*

Een vierde vorm waarop we over rechten spreken is door een beroep te doen op *natuurlijke rechten* of *mensenrechten*. Daarbij gaat het om morele rechten die aan alle mensen toebehoren in alle maatschappijen en die onvervreemdbaar zijn. Het is een variant van de derde manier van spreken: mensenrechten zijn een soort morele rechten. Natuurlijke rechten of mensenrechten komen met morele rechten overeen in de zin dat men zich niet voornamelijk beroept op positieve wetgeving ter onderbouwing van de claim. Natuurlijke rechten of mensenrechten verschillen echter van gewone morele rechten door de categorische termen waarin over het eerste wordt gesproken. Het gaat om rechten voor *iedereen, overal en onder alle omstandigheden*. Pas wanneer rights-talk die hoedanigheid heeft aangenomen, spreken we van natuurlijke rechten of van mensenrechten. Maurice Cranston formuleert het als volgt: "Human rights are a form of moral right, and they differ from other moral rights in being the rights of all people at all times and in all situations."<sup>6</sup>

(Als ik het over mensenrechten heb, doel ik op de tweede categorie: de constitutionele rechten.

Waar we onze aandacht op zullen concentreren is het culturele en politieke proces dat ertoe heeft geleid dat steeds meer rechten tot constitutionele rechten zijn verklaard. De verandering is van tweeërlei aard. Allereerst is sprake van een verandering in het denken over de legitimiteit van het overheidshandelen en als tweede is sprake van een kwantitatieve proliferatie van fundamenteel recht. Teruggekoppeld op onze vier categorieën rechten betekent het dat categorie twee, de constitutionele rechten, overvol raakt. Laat ik deze twee ontwikkelingen proberen kort te typeren.

5 Vgl. over het verzet van Bentham en Burke tegen de mensenrechten: J. Waldron (ed.), *Nonsense upon stilts, Bentham, Burke and Marx on the rights of man*, Methuen, London/New York 1987.

6 Cranston 1967: 43-54 (49). Vgl. over de universaliteitspretentie van mensenrechten verder J.J.M. van der Ven, *Les droits de l'homme: leur universalité en face de la diversité des civilisation*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1985, jrg 71: 437-451; J. Donnelly, *Cultural relativism and universal human rights*, *Human Rights Quarterly*, 1984, nr 6: 400-419 en het themanummer van *Civis Mundi*, Universaliteit van mensenrechten, 1993, 32, nr 2.

## 2 Twee soorten proliferatie

### 2.1 De culturele verandering: proliferatie van rights-talk

De culturele verandering komt duidelijk over het voetlicht in een passage van de Engelse rechtsfilosoof H.L.A. Hart. Hart, de nestor van de Engelse rechts-positivistische traditie en zelf geen aanhanger van rights-talk, schreef in 1979:

I do not think that anyone familiar with what has been published in the last ten years, in England and the United States, on the philosophy of government can doubt that this subject, which is the meeting point of moral, political, and legal philosophy, is undergoing a major change. We are currently witnessing, I think, the progress of a transition from a once widely accepted old faith that some form of utilitarianism, if only we could discover the right form, *must* capture the essence of political morality. The new faith is that the truth must lie not with a doctrine that takes the maximization of aggregate or average general welfare for its goal, but with a doctrine of basic human rights, protecting specific basic liberties and interests of individuals, if only we could find some sufficiently firm foundation for such rights to meet some long-familiar objections.<sup>7</sup>

Hart had in het naoorlogse Engeland met veel succes het utilistisch perspectief van Bentham en Austin, de tegenhanger van rights-talk, verdedigd en daarmee ook het Engelse model dat van rights-talk in Amerikaanse stijl niets moet hebben. In 1979 moest Hart echter constateren dat deze slag in zekere zin verloren was, althans Hannibal stond onmiskenbaar voor de poorten; rights-talk was 'in the air'.

Het was Harts opvolger op de leerstoel Jurisprudence in Oxford, de Amerikaan<sup>8</sup> Ronald Dworkin, die aan rights-talk in de jaren '70 een invloedrijke intellectuele onderbouwing heeft gegeven (een poging tot de "firm foundation" waarvan Hart spreekt). In *Taking Rights Seriously* (1978) verklaarde Dworkin rechten primair tegenover de beleidsdoelstellingen. Rechten zouden ook een grond voor ongehoorzaamheid aan de staatswetten opleveren. 'Rights' zijn 'trumps'.

7 H.L.A. Hart, *Between utility and rights*, *Columbia Law Review*, 1979, jrg 79, hier aangehaald in: *Essays in jurisprudence and philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983: 198.

8 Dat is niet zonder betekenis. Het verschil tussen de Engelse en Amerikaanse rechtscultuur is onder andere dat de Engelsen het utilisme veel meer trouw zijn gebleven terwijl de Amerikanen sinds 1776 gewend zijn te denken in termen van constitutionele rechten. Vgl. E.S. Corwin, *The 'higher law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell UP, Ithaca/New York 1955; A. Ryan, *The British, the Americans, and rights*, in: M.J. Lacey & K. Haaksonssen (eds), *Woodrow Wilson International Center for Scholars and Cambridge UP*, Cambridge 1991: 366-440.

Het woord 'trump' heeft verschillende betekenissen. Het kan 'troefkaart' betekenen en 'trompet' en beide betekenissen resoneren mee in het gebruik dat Dworkin van dat woord maakt. Rechten zijn ook inderdaad trompetten en troefkaarten. Met veel vertoon (trompet) roept men ze in wanneer als het ware het spel van het gewone recht uit is, maar men zich toch nog niet gewonnen geeft (troefkaart). Rechten hebben voorrang op de beleidshandelingen van de overheid.<sup>9</sup>

Ondanks alle verschillen (Dworkin en Rawls behoren tot de linkerzijde van het politieke spectrum, Nozick is een libertarisch liberaal), over één ding is men het eens: rights-talk dient het utilisme te vervangen. Van de linkerzijde naar de rechterzijde van het politieke spectrum: rights-talk was duidelijk *en vogue*.

Het paste ook in het tijdsbeeld. Men was erg enthousiast voor burgerlijke ongehoorzaamheid en gepreoccupeerd met een Milliaanse angst voor de terreur van de massa. Kelly geeft het goed weer wanneer hij schrijft: "This approach, very much in tune with the liberal end of American thinking in the 1960s, necessarily involves the state and community in accepting, where individuals' consciences dictate such behaviour, the burden of civil disobedience as legitimate."<sup>10</sup>

Nu was rights-talk natuurlijk ook weer in zoverre niet nieuw dat het aansluiting kon vinden bij een eeuwenoude traditie in het denken over recht die bekend staat als de natuurrechtsleer en die na de Tweede Wereldoorlog zo'n spectaculaire herleving doormaakte. We zouden de geschiedenis van rights-talk – noodzakelijkerwijs enigszins vereenvoudigd en daarmee ook wat vertekend – als volgt kunnen weergeven. In de 16e en 17e eeuw werd door schrijvers als Hugo de Groot, Van Pufendorf en Locke de gedachte van de mensenrechten ontwikkeld en een eeuw later leidde dat tot de grote codificaties op dit punt. Gedurende de 19e eeuw was daarvoor echter minder belangstelling, onder andere door de kritiek die daarop was uitgeoefend door liberalen als Bentham en conservatieven als Burke. Hoe het ook zij, rights-talk was niet dominant. Pas na de Tweede Wereldoorlog maakte het een spectaculaire herleving door. Niet alleen in de praktijk van de rechtbanken, maar ook in de theorievorming. Auteurs als Lon Fuller,<sup>11</sup> Gustav Radbruch<sup>12</sup> en talloze anderen hielden opnieuw een pleidooi voor de gedachte van het natuurrecht. Een latere generatie

9 Vgl. R. Dworkin, Rights as trumps, in: J. Waldron (ed.), *Theories of rights*, Oxford UP, Oxford 1992 (1984): 153-168; R. Nozick, *Anarchy, state, and utopia*, Basic Books, New York 1974: ix. Nozick stelt: "Individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights)"; J. Rawls, *A theory of justice*, Oxford UP, Oxford 1972: 3. "Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override."

10 J.M. Kelly, *A short history of western legal theory*, Clarendon Press, Oxford 1992: 426.

11 L.L. Fuller, *The morality of law*, Yale UP, New Haven/London 1978 (1964).

12 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, E. Wolf & H.-P. Schneider (Hrsg.), K.F. Koehler Verlag, Stuttgart 1973.

denkers, waarvan Ronald Dworkin en John Rawls de bekendste vertegenwoordigers zijn, bouwde op deze inzichten voort.

Ook op het internationale vlak werden allerlei pogingen gedaan rights-talk een stevige basis te geven. In 1948 werd binnen de Verenigde Naties een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UV) tot stand gebracht. Twee jaar later werd deze gevolgd door een binnen de Raad van Europa ontwikkelde verklaring die wat betreft het implementatiemechanisme veel beter was ontwikkeld: de Europese Verklaring van de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden. Vooral het Verdrag van Rome is dan van belang. Het Europese Hof in Straatsburg vervult voor de bij het verdrag geassocieerde lidstaten een vergelijkbare rol als die van het Amerikaanse Supreme Court: men waakt over een lijst van mensenrechten en verklaart alle wetgeving van de staten die zich bij het verdrag hebben aangesloten als ongeldig wanneer deze in strijd komt met de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheidsrechten. Hoe belangrijk ook, al deze ontwikkelingen zouden niet zo sterk hebben aangeslagen wanneer rights-talk niet tevens een verankering had gevonden in het bewustzijn van de burgers. Dat was duidelijk het geval. In belangrijke ethische kwesties als euthanasie, abortus, misdaad en straf,<sup>13</sup> het behandelen van dieren<sup>14</sup> en onze verhouding tot de natuurlijke omgeving is rights-talk sterk op de voorgrond getreden.<sup>15</sup> Het was vooral in deze tijd dat we overheidsoptreden hebben leren ervaren als iets waarop we *recht* hebben.

## 2.2 De constitutionele verandering: de proliferatie van constitutionele rechten

Niet alleen heeft gedurende de jaren '60 en '70 een proliferatie van rights-talk plaatsgevonden, maar ook de *hoeveelheid* constitutionele rechten is enorm gegroeid. Hoe worden nu constitutionele rechten tot stand gebracht? Men zou op alle vier van de hiergenoemde terreinen waarop rights-talk plaatsvindt een toename kunnen onderkennen, maar zorgwekkend om hierna nog te specificeren redenen is de proliferatie van de *constitutionele* rechten.

13 Vgl. hierover J. Rachels, *The end of life*, Oxford UP, Oxford 1986.

14 Vgl. A. D'Amato & S. Chopra, Whales: their emerging right to life, *American Journal of International Law*, 1991, jrg 85: 21-62. Voor Nederland: D. Boon, *Nederlands dierenrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1983.

15 Almond, Rights, in: P. Singer (ed.), *A companion to ethics*, Basil Blackwell, Oxford 1993 (1991): 259-269 (259).

Wanneer we het hier over proliferatie van rights-talk hebben bedoelen we de vermenigvuldiging door de wetgever<sup>16</sup> van wat men zou kunnen noemen 'hoger recht': constitutionele rechten.

Ten aanzien van constitutionele rechten heeft na de Tweede Wereldoorlog een enorme proliferatie plaatsgevonden. De UV die door de Verenigde Naties in 1948 tot stand werd gebracht beperkte zich niet tot de klassieke vrijheidsrechten, maar bevatte ook tien artikelen met rechten van een geheel andere aard. Art. 22 geeft aan dat eenieder als lid van de gemeenschap recht heeft op maatschappelijke zekerheid en erop aanspraak kan maken, dat door middel van nationale inspanning en internationale samenwerking, en overeenkomstig de organisatie en de hulpbronnen van de betreffende staat, de economische, sociale en culturele rechten, die onmisbaar zijn voor de waardigheid en voor de vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid, verwezenlijkt worden. Art. 23 geeft aan dat ieder recht heeft op arbeid, op vrije keuze van beroep, op rechtvaardige en gunstige arbeidsvoorwaarden en op bescherming tegen werkloosheid. In datzelfde artikel wordt ook in lid 3 bepaald dat eenieder die arbeid verricht, recht heeft op een rechtvaardige en gunstige beloning, welke hem en zijn gezin een menswaardig bestaan verzekert, welke beloning zonodig met andere middelen van sociale bescherming zal worden aangevuld. In art. 24 wordt gesproken van een recht op rust en op vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon, terwijl art. 25 bepaalt dat ieder recht heeft op een levensstandaard, die hoog genoeg is voor de gezondheid en het welzijn van zichzelf en zijn gezin, waaronder begrepen voeding, kleding, huisvesting en geneeskundige verzorging en de noodzakelijke sociale diensten, alsmede het recht op voorziening in geval van werkloosheid, ziekte of invaliditeit, overlijden van de echtgenoot, ouderdom of een ander gemis aan bestaansmiddelen, ontstaan ten gevolge van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. In lid 2 van hetzelfde artikel wordt daaraan nog toegevoegd dat moeder en kind recht hebben op bijzondere zorg en bijstand. Art. 27 ten slotte stelt dat eenieder recht heeft om vrijelijk deel te nemen aan het culturele leven van de gemeenschap, om te genieten van kunst en om deel te hebben aan wetenschappelijke vooruitgang en de vruchten daarvan.

De eerste 20 artikelen kwamen bekend te staan als de politieke en burgerlijke rechten, de daaropvolgende rechten als economische en sociale rechten. Zo is men gaan onderscheiden tussen een eerste generatie en een tweede generatie

16 Ik beperk mij dus tot proliferatie *door de wetgever*. Men kan echter ook langs interpretatieve weg een proliferatie van rechten bewerkstelligen. Daarover gaat de bijdrage van Alkema in deze bundel. Ook in de Amerikaanse theorie is hierover een grote hoeveelheid literatuur verschenen. Vgl. W.H. Rehnquist, *The notion of a living constitution*, *Texas Law Review*, 1976, jrg 54: 693-706; R.H. Bork, *The tempting of America; the political seduction of the law*, Sinclair-Stevenson, London 1990; R. Kay, *Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses*, *Northwestern University Law Review*, 1988, jrg 82: 226-292.

van mensenrechten. In de jaren '80 is ook nog een pleidooi gehouden voor een derde generatie van mensenrechten. De auctor intellectualis hiervan is de volkenrechtsgeleerde K. Vasak.<sup>17</sup>

Vasak introduceerde in 1977 (later uitgewerkt in 1984) het concept van een derde generatie van mensenrechten die hij aanduidde als solidariteitsrechten. Het idee van solidariteitsrechten was weliswaar niet nieuw, maar Vasak was wel de eerste die probeerde het een conceptuele plaats te geven in de traditionele catalogus van internationaal gewaarborgde mensenrechten. Als uitgangspunt hanteerde hij het idee dat men drie soorten revoluties zou kunnen onderscheiden. De eerste revolutie is de Franse Revolutie. Hoewel het motto van de Franse Revolutie 'Vrijheid, Gelijkheid en Broederschap' luidde, kwam eigenlijk alleen van het eerste iets terecht. De Franse Revolutie introduceerde alleen de vrijheidsrechten, datgene wat we tegenwoordig burgerlijke en politieke rechten noemen. Pas door de Mexicaanse en Russische Revolutie kwam een andere categorie rechten in het vizier: de gelijkheidsrechten, rechten die we tegenwoordig aanduiden als de economische, sociale en culturele rechten. Aan deze eerste twee generaties van mensenrechten zou nu een derde moeten worden toegevoegd. De derde categorie rechten zijn de rechten van deze tijd. Deze derde categorie rechten, de solidariteitsrechten, hangen samen met de emancipatie van de gekoloniseerde wereld en van de onderdrukte volkeren. Aangezien de eerste twee generaties van mensenrechten al een codificatie hebben gekregen in de conventies van de VN uit 1966 ontwierp Vasak een model voor een derde VN-verdrag waarin de solidariteitsrechten nader werden omschreven. Daarbij zou het gaan om het recht op vrede, het recht op ontwikkeling, het recht op een gezonde leefomgeving en het recht om mee te delen in de gemeenschappelijke erfenis van de mensheid. Ook het recht op communicatie en het recht op humanitaire assistentie rekende hij tot deze derde generatie van mensenrechten.

In de literatuur is een principiële strijd ontbrand over de merites van de verschillende categorieën mensenrechten. De scherpste critici van de economische en sociale rechten, de tweede generatie van rechten, zijn de politiek-filosoof Maurice Cranston<sup>18</sup> en de filosoof en econoom Hayek.<sup>19</sup> De discussie over de derde generatie van mensenrechten wordt nog steeds gevoerd. Zo

17 Vgl. K. Vasak, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, in: C. Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit internationale humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1984: 837 e.v.

18 Cranston 1967: 43-54. Vgl. verder A. Flew, *Freedom is slavery*, in: A. Phillips Griffiths (ed.), *Of liberty*, Royal Institute of Philosophy Lecture Series, Cambridge 1983.

19 F.A. Hayek, *Justice and individual rights*, in: F.A. Hayek, *Law, legislation and liberty*, Routledge and Kegan Paul, London etc. 1982: 101-106.



is het standpunt van Vasak bekritiseerd door P.H. Kooijmans, P. Alston, J. Donnelly en anderen.<sup>20</sup>

### 3 Bezwaren tegen de tweede en tegen de derde generatie van rechten

Een scherp criticus van de *tweede generatie* van rechten, de sociale en economische rechten, is de politiek-filosoof Cranston. Hij schrijft: "Some politicians (...) have a vested interest in keeping talk about human rights as meaningless as possible."<sup>21</sup> Cranston is fel gekant tegen het verheffen van de politieke en economische rechten tot de mensenrechtenstatus. Hij voert daarvoor drie redenen aan:

- 1 Zijn eerste argument is "that it would be totally impossible to translate them in the same way into positive rights by analogous political and legal action."<sup>22</sup>
- 2 Verder is hij van mening dat sociale en economische rechten nooit tot mensenrechten kunnen worden geproclameerd omdat het deze rechten ontbreekt aan universele status, hetgeen kenmerkend is voor mensenrechten. De test voor een waar mensenrecht, aldus Cranston, is "that it shall be a genuinely universal moral right." En dat is een test die het recht op vakantie met behoud van loon, zoals neergelegd in art. 24 UV, niet kan doorstaan. Dit is immers een recht dat alleen geldt voor diegenen die al in dienstbetrekking staan.
- 3 Ten slotte is kenmerkend voor een mensenrecht dat het gaat om een universeel moreel recht van 'paramount importance' en daaraan voldoen een aantal van de beleidsdoelstellingen uit de lijst van sociale en economische rechten niet. "A human right is something of which no one may be deprived without a grave affront to justice."<sup>23</sup> Er zijn bepaalde daden die nooit mogen worden verricht, bepaalde vrijheden die nooit mogen worden geschonden, bepaalde goederen die absoluut heilig zijn. Die test kan vakantie met behoud van loon niet doorstaan. "Thus the effect of a Universal Declaration which is overloaded with affirmations of so-called human rights which are not human rights at all is to push *all* talk of human rights out

20 P.H. Kooijmans, Human rights – universal panacea?, *Netherlands International Law Review*, 1990, jrg 37: 315-329; Ph. Alston, A third generation of solidarity rights: progressive development or obfuscation of international human rights law?, *Netherlands International Law Review*, 1982, jrg 29: 307-322; idem, Conjuring up new human rights: a proposal for quality control, *The American Journal of International Law*, 1984, jrg 78: 607-621; S.P. Marks, Emerging human rights: a new generation for the 1980's?, *Rutgers Law Review*, 1981, jrg 33: 435-452.

21 Cranston 1967: 43.

22 Cranston 1967: 47.

23 Cranston 1967: 52.

of the clear realm of the morally compelling into the twilight world of utopian aspiration."<sup>24</sup>

De bezwaren tegen de *derde generatie* van mensenrechten hangen ten dele samen met de bewaren tegen de tweede generatie, maar hebben toch ook een eigen argumentatief gewicht.

- 1 Een van de punten die telkens weer tegen de derde generatie van rechten worden ingebracht, is dat de voorgaande generaties rechten aan individuen toekennen, terwijl dat met de derde generatie niet het geval is. Volgens Kooijmans is dat individualisme echter intrinsiek verbonden met de mensenrechtenidee.<sup>25</sup> In groepsrechten ziet Kooijmans niet zoveel. De groep moet duidelijk te identificeren zijn in onderscheiding van de staat tegen welke de claim wordt geldend gemaakt en het is juist op dit punt dat Kooijmans grote moeite heeft met het concept van de derde generatie van rechten.
- 2 Een tweede bezwaar dat Kooijmans inbrengt tegen de derde generatie van rechten is dat zij onvermijdelijk voeren tot een botsing met de andere rechten. "The continual introduction of new categories of human rights unavoidably has the effect of excusing the non-observance of earlier categories. It diverts attention from today's human rights problems, by shifting attention to tomorrow's solution. In the final analysis, this is to the detriment of those who in both the first and last place should be the focus of the human rights debate: individual human beings."<sup>26</sup>

#### 4 Drie problemen met de proliferatie van constitutionele rechten

Ik beperk mij tot de vraag wat de proliferatie van rights-talk betekent *voor het constitutioneel recht*. De kritiek van Kooijmans, Alston, Cranston en anderen die hebben gewaarschuwd tegen de proliferatie van constitutionele rechten vind ik niet radicaal genoeg. Zij wijzen op schaduwzijden en problemen die kleven aan de vermenigvuldiging van rechten; ik zou het krachtiger willen uitdrukken: de mensenrechtenidee *kan* eenvoudig niet voortbestaan, wanneer we op deze voet doorgaan. Als we de proliferatie van constitutionele rechten niet op de een of andere manier een halt weten toe te roepen, zal de mensenrechtenidee een bepaalde fase in de culturele ontwikkeling van Europa en de Verenigde Staten markeren, maar heeft deze geen overlevingskansen voor het volgende millenium.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Cranston 1967: 52.

<sup>25</sup> Kooijmans 1990: 323.

<sup>26</sup> Kooijmans 1990: 329.

<sup>27</sup> Vgl. tevens P.B. Cliteur, Drie modellen van constitutioneel denken, *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 1994, jrg 49, nr 9: 571-579.

Ik zal dat proberen duidelijk te maken door het bespreken van drie problemen met de proliferatie van constitutionele rechten en dan proberen te laten zien dat als we die problemen niet de baas kunnen worden dit moet leiden tot ondergang van de constitutionele idee. Het gaat om: (1) botsing van rechten; (2) inflatie van rechten; (3) een onaanvaardbare vergroting van het democratisch deficit.

#### 4.1 Botsing van rechten

Mijn eerste stelling is dat een ongebreidelde proliferatie van rechten onvermijdelijk zal leiden tot botsing van rechten.<sup>28</sup> Dat probleem doet zich al voor bij de tweede generatie van rechten, maar het zou helemaal enorme proporties aannemen wanneer ook een derde generatie van rechten zou worden erkend. Allereerst moeten we daarvoor kijken naar het specifieke vocabulaire waarin aanhangers van rights-talk bepaalde eisen formuleren. Het vocabulaire waarin de eisen aan de immer expanderende staat gesteld zijn was niet het vocabulaire 'dat het op utilistische gronden wenselijk zou zijn dat...', maar 'dat men een *recht* heeft op': eerst recht op vrijheid van geweten, levensovertuiging, vereniging en vergadering, maar allengs op een schoon milieu, werk, vrije tijd, bestaanszekerheid en vakantie met behoud van loon. Eigenlijk heeft men *recht* op datgene wat het utilisme voor ogen stond: een recht op geluk! Is dat eenmaal vastgesteld, dan is de logica verder duidelijk: de overheid dient alles in het werk te stellen om dat geluk te realiseren. Maar nu het punt: om dat te doen *moet* zij wel interveniëren in de persoonlijke levenssfeer van mensen. Het waarborgen van een recht op uitkering *moet* wel in botsing komen met privacy, tenminste wanneer men ervan uitgaat dat de overheid ook enige controle moet uitoefenen op de wijze waarop de daarvoor ter beschikking gestelde gelden aan de daarvoor bestemde categorieën burgers ten goede komen.<sup>29</sup> Men kan dat een beetje verdoezelen door sommige vormen van inmenging als legitiem en onvermijdelijk, andere als illegitiem te kwalificeren, maar hoe men het ook wendt of keert, elke vorm van controle zal door de betrokkenen als een inmenging in de persoonlijke levenssfeer worden ervaren.

28 Vgl. over dit onderwerp J. van der Hoeven, Botsing van grondrechten (1983), *Staats- en bestuursrecht*, Opstellen van Mr. J. van der Hoeven, Tjeenk Willink, Zwolle 1984: 109-135.

29 Er zijn maar weinig mensen die bereid zijn dit onder ogen te zien. Het dilemma wordt over het algemeen weggepoetst door bepaalde vormen van controle als legitiem en *dus* niet in strijd met privacy te definiëren. Een uitzondering vormt Van der Zwan die het probleem heel scherp stelt: "Wie bijstand aanvraagt, kan zich niet beroepen op privacy. Je doet een beroep op de maatschappij omdat je niet in je eigen onderhoud kunt voorzien. Dan mag die maatschappij dat ook controleren." Interview met Van der Zwan in *NRC Handelsblad*, 14 september 1993: 3.

Waar het ons aan ontbreekt is een afweging en prioritering van rechten. We moeten ons ook opnieuw bezinnen op de vraag naar de status van de verschillende categorieën grondrechten en ons realiseren dat we wellicht niet alles kunnen hebben.

#### 4.2 Inflatie van rechten en het verdwijnen van de mensenrechtenidee

De eerste bedenking tegen rights-talk zou dus kunnen zijn dat een ongebreidelde proliferatie daarvan vanzelf moet leiden tot een botsing tussen de verschillende rechten. Een tweede bezwaar tegen een ongebreidelde proliferatie van rights-talk is zeker zo ernstig, namelijk dat het zal leiden tot een rechten-inflatie en uiteindelijk tot het verdwijnen van de constitutionele idee als zodanig. Dat laatste klinkt theatraal, maar is naar mijn idee toch echt logisch dwingend. Onder de *constitutionele idee* versta ik dan het streven om het gewone politieke proces van alledag onder de heerschappij van fundamenteel recht te brengen. Het gewone recht als produkt van de normale politiek wordt beheerst door hoger recht in de vorm van grondrechten als resultaat van constitutionele politiek.<sup>30</sup> Het is een mooi ideaal, maar het is een ideaal dat alleen maar kan slagen wanneer de hoeveelheid hoger recht *beperkt* is. Laat ik dat met het uitwerken van een vergelijking proberen te illustreren.

##### *Excursie: de vormen van menselijke bloei van Finnis*

Sommige dingen verliezen hun waarde niet wanneer er een overvloed aan is. Liefde, vrede, welwillendheid, beleefdheid, vriendschap en genegenheid zijn daarvan voorbeelden. Wijsgeren hebben geprobeerd enige ordening in de goede dingen van het leven aan te brengen, waarbij in het bijzonder de poging van de hedendaagse natuurrechtsfilosoof John Finnis indruk heeft gemaakt op de rechtsfilosofische gemeenschap. Finnis reduceert deze veelheid tot enkele 'goods'. Hij spreekt van 'human goods' en 'forms of human flourishing', maar ook wel van de 'basic values of human existence'. De mens komt het meeste tot zijn recht, komt tot 'bloei', wanneer die 'human goods' worden gerespecteerd. Het zijn er zeven: (1) kennis; (2) leven; (3) spel; (4) esthetische ervaring; (5) sociale vaardigheden en vriendschap; (6) praktische redelijkheid;<sup>31</sup> (7) religie, een woord dat hij hanteert in een ruime zin.<sup>32</sup>

Het gaat hierbij om dingen of waarden die goed zijn *in zichzelf* en niet om dingen die goed zijn omdat zij instrumenteel kunnen worden ingezet ter

30 Vgl. voor dit begrippenpaar: B. Ackerman, *We the people*, 1, *Foundations*, The Belknap Press of Harvard UP, Cambridge/Massachusetts/London 1991. Een uitwerking daarvan in: P.B. Cliteur, *Traditionalism, democracy, and judicial review*, in: B. Roermund (ed.), *Constitutional review*, Kluwer/Tjeenk Willink, Deventer/Boston/Zwolle 1993: 55-77.

31 Dat wil zeggen het vermogen om onze intelligentie effectief aan te wenden bij onze handelingen en levensstijl, evenals bij het vormen ons karakter.

32 J. Finnis, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford 1980: 85-97.

realisering van iets anders (was dat het geval dan zouden ook andere in het lijstje moeten worden opgenomen). Het gaat bovendien om zaken die *absoluut* goed zijn.

Een esthetische ervaring is niet minder indrukwekkend, wanneer *iedereen* kan genieten van de glimlach van Mona Lisa, maar een trots op de borst gespelde onderscheiding wordt wel heel wat minder aantrekkelijk wanneer de buurman daar ook mee loopt. Het leven wordt niet minder waardevol, omdat ook andere mensen leven, maar het zijn van winnaar van een toernooi zou betekenisloos zijn wanneer *iedereen* zich winnaar kan noemen (in Lewis Carroll's *Alice in Wonderland* wordt een wedstrijd gehouden waarbij iedereen als winnaar wordt uitgeroepen.<sup>33</sup> Alice is hierdoor, zoals men kan verwachten, "very puzzled"). Het merkwaardige met deze tweede soort goederen is overigens wel dat het mechanisme van de afnemende meeropbrengst niet door iedereen wordt onderkend, althans velen zijn niet doordrongen van het gegeven dat het de *schaarste* van het goed is die de waarde ervan bepaalt.

*Excursie (vervolg): tot welke categorie goederen behoren de constitutionele rechten?*

Ik kom nu weer terug op ons eigenlijke onderwerp, constitutionele rechten en dan met name de tweede generatie van constitutionele rechten. Hoe moeten we constitutionele rechten categoriseren? Behoren zij tot de eerste categorie, de 'forms of human flourishing' van Finnis? Of tot de tweede categorie, de goederen die ontwaarden bij een overvloed, zoals de adel of een winnaar? Dat is de cruciale vraag die we moeten beantwoorden. Op het eerste gezicht lijken constitutionele rechten tot de eerste categorie te behoren. Het gaat tenslotte om zeer fundamentele waarden, 'ultimate commitments' in constitutioneel opzicht, rechten die onze privé-sfeer beschermen, rechten die nauw samenhangen met de waardigheid van de mens. Hoe kan men ooit van zoiets te veel hebben? Denken we daar echter even langer over na dan is duidelijk dat wij ons hiermee vergissen: constitutionele rechten zijn inflatiegevoelig. Daarin lijken zij op de goederen uit de tweede categorie.

Nu is elke vergelijking gevaarlijk. Dat blijkt ook hier. Men kan namelijk niet zeggen dat constitutionele rechten *op zichzelf* geen betekenis hebben en dat zij hun waarde *alleen maar* ontleen aan hun schaarste.<sup>34</sup> Ik wil niet de indruk vestigen dat het bij constitutionele rechten gaat om zaken die op zichzelf waardeloos zijn, maar slechts betekenis krijgen krachtens de beperkte hoeveelheid. Ik accentueer alleen de kwetsbare aard ervan; het feit dat ze ontwaarden bij proliferatie. Tot die conclusie komen we wanneer we ons realiseren dat wanneer we een constitutioneel recht op *alles* hebben, we *geen* constitutioneel recht hebben. De reden daarvan ligt voor de hand: een constitutioneel recht

<sup>33</sup> Vgl. *The complete works of Lewis Carroll*, with an introduction by Alexander Woolcott and illustrations by John Tenniel, Vintage Books, New York 1976: 38: "Everybody has won, and all must have prizes."

<sup>34</sup> Hiertoe ben ik gestimuleerd door een gedachtenwisseling met J.P. Loof.

is namelijk *per definitie* een recht dat voorgaat boven een ander recht. Het is een recht van een hogere status. Die hogere status komt tot uitdrukking in het feit dat wanneer het gewone recht botst met het constitutionele recht, het laatste in beginsel voorgaat. Wanneer echter elk recht een constitutioneel recht is, *kan* het niet meer voorgaan boven een gewoon recht. De rechter zal in een dergelijk geval ook geen prioriteit meer kunnen verlenen aan het hogere recht boven het lagere; hij zal op de lange duur dan ook alle rechten gelijkelijk moeten wegen. Of, wat wellicht nog ernstiger is: hij kan niet anders dan *eigen* maatstaven voor hiërarchie gaan aanleggen. Immers de constitutionele *wetgever* die alle rechten in de constitutionele stand heeft verheven geeft hem geen enkel richtsnoer meer.<sup>35</sup>

Ik denk dat dit inzicht iets is waaraan we moeten wennen. Net als de traditionele adel hebben we ons nog niet goed bezonnen op onze eigen positie. De traditionele adel dacht dat adel iets intrinsieks is, iets 'edels', dat in zichzelf waarde heeft. Denken we er echter even langer over na dan zien we dat dat een misvatting is: adel heeft alleen maar betekenis en waarde wanneer andere mensen niet van adel zijn. Men kan het ook als volgt formuleren: adel gaat altijd ten koste van andere mensen die dat niet zijn.

Dit inzicht zouden we ook op constitutionele rechten moeten toepassen. We hebben de neiging om constitutionele rechten te beschouwen als een oneindige zee te verkrijgen materiaal, waarvan we nu een klein deel hebben, maar waarvan we steeds nieuwe vormen kunnen onderkennen en vervolgens veroveren. Eerst was er de Magna Charta die maakte alleen de standen tegenover de vorst vrij. Toen kwam er de Franse Déclaration en die gaf de gezeten burgers politieke rechten. Toen kwam Marx en die zag dat de politieke rechten met de sociale rechten zouden moeten worden aangevuld, zoals geschiedde dankzij de vasthoudendheid van zijn volgelingen in de Sovjet-Unie tijdens de onderhandelingen voorafgaande aan de mensenrechtenverklaringen van na de oorlog. En sinds enkele jaren rijpt nu het inzicht dat de klassieke en sociale rechten nog moeten worden aangevuld met een derde generatie van mensenrechten: de solidariteitsrechten. Steeds gaat de zon meer schijnen, zo lijkt het; we worden steeds vrijer, steeds beter beschermd in onze constitutionele rechten. Vasak blijkt eigenlijk een aanhanger te zijn van een ongebreideld juridisch vooruitgangsgeloof.

35 Dit gevaar heeft men in de Britse traditie altijd heel scherp onderkend. "For though in many other countries everything is left in the breast of the judge to determine, yet with us he is only to declare and pronounce, not to make a new model, the law", schreef Blackstone in de *Commentaries* (1821, I: 151; III: 434, 359), aangehaald bij: W.E. Rumble Jr., *American legal realism, Skepticism, Reform, and the Judicial Process*, Cornell UP, Ithaca, New York 1968: 50.

*Het verschil tussen de proliferatiethese en bezwaren tegen de gewone 'law explosion'*  
Op dit moment verwacht ik van de lezer een tegenwerping. Waar dit opstel over gaat, zal hij zeggen, is over juridificering. Dat is echter meer onjuist dan juist en op z'n minst misleidend. Juridificering gaat over het proces waarin gewone morele rechten tot gewone positieve rechten worden verklaard. In mijn typologie van rechten: het is een transformatie van een recht uit categorie *c* naar categorie *a*. Daar is wellicht iets tegen in te brengen. Sommigen wijzen op de 'revolution of rising expectations': mensen gaan steeds meer hun wensen ervaren als rechten. Maar tegen de proliferatie van mensenrechten zijn andere bezwaren aan te voeren dan tegen juridificering in het algemeen. In beginsel is geen grens gebonden aan het positiveren van gewone rechten. Gewone rechten zijn niet – uit de aard der zaak, zoals met constitutionele rechten het geval is – een beperkte categorie. Ik hecht eraan dit zo expliciet naar voren te brengen om duidelijk te maken dat men de proliferatiethese niet ter zijde kan schuiven als een bekend protest tegen juridificering.

#### 4.3 Het democratisch deficiet

Een derde bezwaar dat ik tegen de proliferatie van hoger recht zou willen inbrengen is dat men zich bijna nooit realiseert dat het proclameren van een bepaald mensenrecht iets 'kost' op het terrein van een andere fundamentele aspiratie van de westerse staatkundige ontwikkeling: democratie.<sup>36</sup> Een van de grieven tegen mensenrechten en het daarmee verbonden idee van het rechterlijke toetsingsrecht, een punt dat al bij een van haar eerste critici naar voren kwam, is dat deze een ondermijning vormen voor democratie.<sup>37</sup> Wat is namelijk de kern van de traditie van het denken over hoger recht? Dat is dat bepaalde zaken worden uitgezonderd van het normale politieke proces.<sup>38</sup> Bepaalde waarden en beginselen worden van zo'n fundamentele betekenis geacht dat we zeggen: ze mogen nooit geschonden worden, ook niet door de wetgever, zelfs niet door de *democratisch gecontroleerde* wetgever. Vooral in de Amerikaanse literatuur wordt dit *counter-majoritarian* dilemma veelvuldig aan de orde gesteld.<sup>39</sup> Hierbij gaat het dan vaak om de legitimatie van het toetsingsrecht. "Certainly, the Supreme Court is a somewhat odd institution in a democratic society. A committee of unelected lawyers, the Court

36 Vgl. P.B. Cliteur, De doorwerking van grondrechten in de nationale rechtsorde (samen met H. van Belleghem et al.), in: P.B. Cliteur, A. Deelder & M.R. Rutgers (red.), *Mensenrechten*, Gouda Quint, Arnhem 1992.

37 Aldus G. van den Bergh, Beschouwingen over het toetsingsrecht, *Nederlands Juristenblad*, 26 mei 1951: 417-425.

38 Vgl. J. Waldron, A right-based critique of constitutional rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, jrg 13: 18-51.

39 Interessante beschouwingen over dit onderwerp vindt men bij: J. Elster & R. Slagstad (eds), *Constitutionalism and democracy*, Cambridge UP, Cambridge/New York 1988.

possesses the power to nullify the decisions of elected officials, whether the Congress, the president, or a local school board. The Court sets its own rules, decides what it wants to decide, and proudly ignores the public's reaction once it has decided. Not only are its members not selected by the voters, but also, once seated, they hold their jobs for life", schrijft Savage.<sup>40</sup> "In the end, the Constitution means what these nine persons say that it means", aldus een veelgehoorde frase.<sup>41</sup>

Hier gaat het om een van de grootste dilemma's van het rechterlijk toetsingsrecht, een dilemma waar men maar al te vaak aan voorbijgaat. Men dient het echter scherp onder ogen te zien: "Judicial power to nullify a law duly passed by the representative process is a restriction upon the power of the majority to govern the country."<sup>42</sup> Jackson meent overigens wel dat het systeem kan worden gerechtvaardigd. Een ongeclausuleerde wetgevingsmacht zou het individu uitleveren aan de meerderheid. De makers van de Amerikaanse constitutie kozen daarom terecht voor een *beperkte* wetgevingsmacht. Maar het is eenvoudigweg onverantwoord om deze spanning binnen het bestel te verdoezelen.

Het is ook niet verwonderlijk dat verschillende keren een pleidooi is gevoerd tegen het toetsingsrecht (hetzij om het niet in te voeren, hetzij om het, eenmaal ingevoerd, af te schaffen) als zijnde ondemocratisch. Dat gebeurde bijvoorbeeld door de marxistisch georiënteerde Britse auteur J.A.G. Griffith die zich verschillende keren tegen een vergrote invloed van de rechterlijke macht heeft gekeerd en het daarmee samenhangend pleidooi voor een 'Bill of Rights for Britain'.<sup>43</sup> "The proposals for a written constitution, for a Bill of Rights, for a House of Lords with greater powers to restrain governmental legislation, for regional assemblies, for a supreme court to monitor all these proposals, are attempts to write laws so as to prevent Her Majesty's Government from exercising powers which hitherto that government has exercised."<sup>44</sup> Dit komt in feite neer op het verlangen om het recht de politiek te laten vervangen en daar kan geen sprake van zijn, meent Griffith. Het is voor sommigen misschien een harde waarheid, maar het recht kan en mag de politiek niet vervangen. "They merely pass political decisions out of the hands of politicians and into the hands of judges and other persons", schrijft Griffith over de voorstanders van een Britse mensenrechtenverklaring annex toetsingsrecht.

40 D. Savage, *Turning right, the making of the rehnquist supreme court*, John Wiley & Sons, New York etc. 1992: 11.

41 Savage 1992: 12.

42 R.H. Jackson, *The Supreme Court in the American system of government*, Harvard UP, Cambridge 1967: 79.

43 Vgl. R. Dworkin, *A bill of rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990; L. Hailsham, *The dilemma of democracy, diagnosis and prescription*, Collins, London 1978.

44 J.A.G. Griffith, The political constitution, *The Modern Law Review*, 1979, jrg 42, nr 1: 1-21 (16).



Niet alleen in Groot-Brittannië, maar ook in de Verenigde Staten is op die gronden kritiek op het toetsingsrecht geformuleerd, onder andere door Henry Steel Commager die aan het eind van een tirade schrijft: "The conclusion is almost inescapable that judicial review has been a drag upon democracy and – what we may conceive to be the same thing – upon good government."<sup>45</sup> Het is niet verbazingwekkend dat in een dergelijk systeem een sterke politisering van de rechterlijke macht heeft plaatsgevonden en tevens een politisering van de benoemingsprocedure voor rechters van het Supreme Court. Ik zou hiermee willen besluiten dat het systeem van binding aan hoger recht een goed systeem is, maar het is een systeem met een 'kostenzijde'. Daarvan dienen we ons bewust te zijn en we dienen op die grond terughoudend gebruik te maken van de mogelijkheid rechten een constitutionele status te verlenen. Alleen op die manier kan worden voorkomen dat het democratisch deficit onaanvaardbaar groot wordt.

## 5 Enkele bedenkingen tegen de profileratiethese

Laat ik alvorens tot een afsluiting te komen nog vier bezwaren tegen het door mij uiteengezette perspectief uitwerken.

### a *Humanitaire interventie*

In het internationale recht is het leerstuk van de *humanitaire interventie* bekend. Shaw zegt daarover het volgende: "It has sometimes been argued that intervention in order to protect the lives of persons situated within a particular state and not necessarily nationals of the intervening state is permissible in strictly defined terms."<sup>46</sup> Het is een uiterst omstreden leerstuk natuurlijk, maar men kan zich voorstellen dat bij ernstige schendingen van mensenrechten het niet door de internationale gemeenschap zal worden veroordeeld wanneer een land een ander land binnen zou vallen wanneer daarmee vele levens zouden worden gered. Het principe van de nationale soevereiniteit wordt, met andere woorden, gezien als een belangrijk uitgangspunt, maar er zijn grenzen; er zijn mensenrechtenschendingen denkbaar die zo ernstig zijn, dat de internationale gemeenschap of een van de staten die worden geacht daarvoor het militair overwicht te hebben (doorgaans de Verenigde Staten) niet dadeloos kunnen toezien.

Maar nu het punt: niemand zal een dergelijke interventie goedkeuren wanneer het gaat om een schending van het recht op vakantie met behoud van loon. Wil een dergelijke interventie gerechtvaardigd zijn, dan moet het om zeer ernstige mensenrechtenschendingen gaan, zoals een systematisch negeren van

<sup>45</sup> H.S. Commager, Judicial review and democracy, *Virginia Quarterly Review*, 1943, jrg 19: 417-428 (428).

<sup>46</sup> M. Shaw, *International law*, 3rd ed., Grotius Publications Limited, Cambridge 1991: 724.

het martelverbod of het schenden van het verbod op genocide. Wat een dergelijke houding bewijst, zo zou mijn criticus kunnen opmerken, is dat we allemaal onderscheid maken in het waarderen van mensenrechten. De prioritering wordt wellicht niet expliciet gemaakt, maar we hebben toch allemaal een zeker gevoel ontwikkeld voor wat we met een knipoog naar Bagehot zouden kunnen noemen de 'efficient parts' en de 'dignified parts' van elke Bill of Rights. Het recht op vakantie met behoud van loon of het recht om te genieten van kunst (art. 27 UV) is zo'n dignified part, een mensenrechtelijk sprookje, dat als het ware kleur geeft aan het staatsbestel, net als de verwijzingen naar de koningin in het Nederlandse staatsrecht: koningin bij de gratie gods, wetten in naam van de koningin, verzoekschriften aan de koningin.<sup>47</sup> We weten natuurlijk wel dat het hier symboliek betreft, "the symbols of government", zoals Thurman Arnold het noemde.<sup>48</sup> We laten de symboliek in stand omdat het een element van 'mystiek' aan het politieke proces verleent. Volgens Bagehot gaat het daarbij weliswaar om een *noodzakelijk* element van mystiek,<sup>49</sup> maar we weten dat de koningin nooit het normale politieke proces zou verstoren. Zo is dat ook met tweede en derde generatie van grondrechten: bij botsing met de eerste dient de eerste te prevaleren.

Niet alleen de burgers weten dit, ook politici houden daarmee rekening. Nooit zal ook een president van de Verenigde Staten soldaten de opdracht geven om in verre oerwouden te vechten voor de dignified parts van een UV, hoe 'universeel' die zich ook mogen presenteren. Hetzelfde geldt overigens voor de VN.

#### *b Beperkte toetsing door de rechter*

Een tweede punt van kritiek op het hier ontvouwd pessimistische toekomst-scenario (het verdwijnen van de mensenrechtenidee bij een voortdurende proliferatie) zou kunnen luiden dat we weliswaar allerlei rechten samenbrengen onder de noemer van grondrechten of mensenrechten, maar dat iedereen wel weet dat die rechten ook *door de rechter* niet als gelijkwaardig worden erkend. Geen rechter zal dit soort rechten *werkelijk* dezelfde juridische status verlenen

47 Ik volg hier Ph. Allot, *The theory of the British constitution*, H. Gross & R. Harrison (eds), *Jurisprudence*, Cambridge Essays, Clarendon Press, Oxford 1992: 173-205 (188) die naar aanleiding van de positie van de Engelse koningin in de Britse constitutie schrijft: "The British constitution is articulated around the fantasy of an absolute monarchy. It is a fantasy of palaces and glass coaches and orders of chivalry, a fantasy in which the representatives of the people present Humble Addresses to Her Majesty, and statements of governments policy are published by Command of Her Majesty (...). The British constitution rests upon a fantasy which is, and is known to be, a lie."

48 Vgl. A. Thurman, *Institute priests and Yale observers*, *University of Pennsylvania Law Review*, 1936, jrg 84: 811-824 en idem, *The symbols of government*, Yale UP, New Haven 1941 (1935).

49 Vgl. de inleiding tot W. Bagehot, *The English constitution*, Fontana Press, Harper Collins Publ., London 1993 (1867).

als de klassieke grondrechten. En gesteld dat hij dat zou willen, hij zou het eenvoudig niet *kunnen*, immers de goederen die sociale grondrechten aan de burger in het vooruitzicht stellen zijn eenvoudigweg niet altijd voorradig (in de meeste landen zelfs *altijd niet*). Dat de overheid niet zal martelen kan men onder alle omstandigheden van de overheid vergen, maar dat zij voldoende woonruimte ter beschikking zal stellen kan zij weliswaar beloven, maar niet altijd nakomen. Hoewel sociale grondrechten dus *formeel* dezelfde positie hebben als klassieke grondrechten zal een rechter, net als elke andere wel-denkende burger, toch verschil maken.

In het bijzonder voor het leerstuk van de constitutionele toetsing is dat relevant. We hebben het hiervoor gehad over *constitutionele* en *verdragsrechtelijke toetsing*. Dat houdt in dat de rechter wetten die door de centrale wetgever worden gemaakt mag toetsen aan grondrechten zoals deze grondwettelijk en verdragsrechtelijk zijn verankerd. Het is een logisch gevolg van de fundamentele status van mensenrechten dat zij prevaleren boven de wetgeving van alledag en dat de rechter toeziet op de effectuering van die hiërarchische verhouding. Maar, zo zou mijn denkbeeldige criticus kunnen opmerken, geen enkele rechter zal nalaten wetten toe te passen wanneer hij een strijdigheid constateert met de dignified parts van de mensenrechtenverklaring. Een rechter zal toetsen aan het gelijkheidsbeginsel, aan vrijheid van meningsuiting, aan godsdienstvrijheid enzovoort, maar hij zal niet toetsen aan sociale grondrechten en de derde generatie van grondrechten. Ook hieruit blijkt dus dat weliswaar sommige idealen wel *formeel* de grondrechtenstatus hebben gekregen, maar dat er *materieel* niet veel van terechtkomt.

Concluderend zou mijn criticus kunnen opmerken dat het dan toch ook niet *schaadt* om te zeggen dat de overheid zich inspanst voor bestaanszekerheid, voldoende woonruimte, een gezonde leefomgeving, vrede en veiligheid, ja zelfs het genieten van kunst? Dat behoeft toch niet meteen tot zo'n pessimistisch toekomstscenario als het verdwijnen van de constitutionele idee te voeren?

c *Er is geen sprake van proliferatie*

Een derde mogelijke tegenwerping tegen de proliferatiethese is empirisch van aard: het vindt niet plaats. Zou dat het geval zijn, dan zou ik wellicht gelijk kunnen hebben met de stelling dat mensenrechten een beperkte categorie is, maar dan zou men kunnen tegenwerpen dat dit ook voldoende wordt erkend. Zo zou men kunnen wijzen op het feit dat de pleidooien voor een derde generatie van rechten voornamelijk *in de literatuur* worden gevoerd. Ook spectaculaire voorbeelden als het recht op slaap worden alleen maar geformuleerd door rechtsgeleerde schrijvers en zijn nog niet geaccepteerd binnen rechtsvormende organen van de VN en andere belangrijke organisaties op dit terrein.

Dit punt wordt bijvoorbeeld naar voren gebracht door Castermans-Holleman. Zij vindt mijn zorg over proliferatie wat overdreven ("Cliteur kan enigszins

gerust zijn").<sup>50</sup> Zij zegt zelfs dat de catalogus van de mensenrechten zich zo langzamerhand heeft uitgekristalliseerd. Onder het kopje 'codificatie van mensenrechten' staat niet veel meer op de VN-agenda. In feite is dit een empirische tegenwerping. Wanneer Castermans gelijk zou hebben dat de VN geen verdere uitbreiding van plan is dan stelt mij dat inderdaad enigszins gerust. Maar die rust verdwijnt al snel wanneer ik lees wat een andere mensenrechten-specialist over de verbreiding van de hoeveelheid mensenrechten opmerkt. M.T. Kamminga schrijft: "Er is de afgelopen decennia inderdaad sprake geweest van een gestage uitbreiding van het aantal mensenrechten."<sup>51</sup> Interessant is ook de verklaring die hij daarvoor geeft. Mensenrechten zijn een effectief politiek wapen gebleken, zodat elke pressiegroep "die een knip voor de neus waard is" probeert zijn doelstelling als "officieel mensenrecht erkend te krijgen." Dat geldt voor de vrouwenbeweging, milieubeweging, homobeweging, vredesbeweging en de dierenbescherming, aldus Kamminga. Kamminga stelt ook onverbloemd dat er geen mondiaal systeem is waarbinnen de verschillende claims op een rationele manier kunnen worden afgewogen en dat de erkenning van mensenrechten vaak een kwestie is van toeval, van de effectiviteit van de betreffende pressiegroep en niet te vergeten van de persoonlijke belangstelling van de betrokken internationale onderhandelaars.

Ik vind dat heel verontrustend. Mensenrechten zijn, zo blijkt uit het artikel van Kamminga, niet een selecte kern quasi-natuurrechtelijke principes die worden afgeleid uit de menselijke natuur of menselijke waardigheid, maar de politieke verzinsels van pressiegroepen. Ik denk inderdaad dat Kamminga daar gelijk in heeft, althans voor een groot deel van de rechten zal dat *tegenwoordig* gelden. Maar hoe kan iemand met zo'n ontluisterende typering van de situatie nog achter mensenrechten staan? Het mensenrechtenverhaal is dan een kwestie van de politieke strijd die met andere middelen wordt voortgezet. Als dat zo zou zijn zou het voor mij elke aantrekkelijkheid verliezen.

Ik weet ook wel dat er allerlei grensgevallen zijn, grijze zones waarin het moeilijk valt aan te geven waar de grens ligt. Waar het mij om gaat is *dat* er een grens is; *dat* recht en politiek niet identiek zijn. Overigens denk ik dat het anders kan en anders moet en daarvoor noodzakelijk is dat we weer terugkeren naar de oorspronkelijk natuurrechtelijke inspiratie van de mensenrechten-

50 Vgl. M.C. Castermans-Holleman, De VN en de rechten van de mens, *Liberaal Reveil*, 1993, jrg 34: 213-219.

51 M.T. Kamminga, De vermeende proliferatie van mensenrechten, *Liberaal Reveil*, 1994, jrg 35: 71-73.

traditie.<sup>52</sup> Die is de laatste tijd wat aan het zicht onttrokken, maar het is nog niet te laat om op onze schreden terug te keren. Tenminste, dat hoop ik.

*d De proliferatie vindt plaats maar heeft geen consequenties voor het respect voor mensenrechten*

Een probleem voor de proliferatiethese zou het ook zijn wanneer men weliswaar erkent dat proliferatie plaatsvindt, maar dat men tevens verdedigt dat dit geen of nauwelijks gevolgen heeft voor het respect voor mensenrechten. Kijk hoe dominant het respect voor mensenrechten is, Amnesty International heeft meer leden dan ooit. Mensen vertalen hun belangen inderdaad in termen van rechten en liefst mensenrechten, maar een vermindering van het respect heeft dat tot nu toe niet teweeggebracht. Rechters zijn nog steeds onder de indruk wanneer kan worden aangetoond dat een wet in strijd is met mensenrechten. Het buitenlands beleid wordt steeds minder bekeken door de realistische bril van Kissinger en de zijnen en er ontstaat steeds meer ruimte voor een idealistische benadering die normatieve uitgangspunten wil hanteren.<sup>53</sup> Voor velen zijn mensenrechten de nieuwe publieke religie van de moderne tijd.<sup>54</sup>

52 Galenkamp meent dat ik daarmee kies voor mensenrechten als onveranderlijke, bovengedijdelijke rechten 'die als het ware in de sterren geschreven' staan. Het is een visie waarmee ik mij – ondanks de schijn van het tegendeel, schrijft zij – als 'rasechte conservatief' zou ontpoppen. Ik heb eerlijk gezegd niet de behoefte om het conservatieve van deze visie te verhullen. Ik acht het geen schande. Mensenrechten zijn een middel om ons te beschermen tegen de waan van de dag en daarmee een bij uitstek conservatief gegeven. Ook in het feit dat het recht van hogere orde is, ligt besloten dat het een quasi-natuurrechtelijk karakter heeft. Dat heeft niets met sterren te maken overigens, maar met een doodnuchter expliciteren van de assumpties van het denken over mensenrechten. Vgl. M. Galenkamp, Collectieve rechten 'fantasierechten', *Liberaal Reveil*, 1984, jrg 35: 221-226 (225). Galenkamp maakt veel ophief van het feit dat ik sommige rechten 'fantasierechten' heb genoemd. Uiteindelijk blijkt echter ook zij collectieve rechten niet de status van mensenrechten te willen verlenen, waarmee zij dus kennelijk de kern van mijn these onderschrijft.

53 Vgl. hierover P.R. Baehr, Mensenrechten: een studieterrein (ook) voor politicologen, in: P.B. Cliteur & A.P.M.J. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1993: 25-43; P.R. Baehr, Mensenrechten als exportproduct, in: P.B. Cliteur, A. Deelder & M.R. Rutgers (red.), *Mensenrechten*, Gouda Quint, Arnhem 1992: 77-87.

54 Vgl. o.a.: S.W. Couwenberg, Identiteit CDA ter discussie, *Christen Democratische Verkenningen*, 1983, jrg 11: 447-451 (448): "In de westerse democratie is een brede ideologische consensus gegroeid rond die beschavingstraditie, die we plegen samen te vatten in de idee van de grond- of mensenrechten en de beginselen van de democratische rechtsstaat en sociale markteconomie en die we in het Oost-Westconflict verdedigd hebben als westerse waarden." Datzelfde vinden we bij C.J. Klop, Normen en waarden en de rol van de overheid, in: *Christen Democratische Verkenningen*, 1994, jrg 1: 36-48 (38). Zie ook: C.J. Klop, Gemeenschapsdenken en de Nederlandse politieke partijen, *Christen Democratische Verkenningen*, 1994, jrg 4: 135-139 (137); P.B. Cliteur, Wat is de publieke moraal van deze tijd?, *Civis Mundi*, 1994, jrg 33: 97-106.

## 6 Een reactie op die bedenkingen

Of er al dan niet sprake is van proliferatie, het derde bezwaar tegen de proliferatiethese, is een zaak die volkenrechtsgeleerden en mensenrechtenskundigen het beste kunnen uitmaken. Ik kan alleen maar zeggen dat dit voor buitenstaanders zeker het geval lijkt. Een eerste, een tweede, een derde generatie van rechten. Hoe lang gaat dit door? Kunnen we ook een vierde, vijfde en zesde generatie verwachten? Het lijkt er toch op dat die proliferatie plaatsvindt, zij het dan niet altijd in de erkenning van mensenrechten door de VN en andere gremia waar erkenning plaatsvindt, dan toch in de artikelen van rechtsgeleerde auteurs, zoals Galtung die spreekt van een "recht op slaap." Zoals bij de bespreking van de volgende bezwaren zal blijken, ga ik ervan uit dat dit ook voor de rechterlijke en wetgevende macht van belang is. Wanneer rechtsgeleerde schrijvers overgaan tot het erkennen van bepaalde rechten zal dat op den duur repercussies hebben op het recht. Dat brengt ons bij de eerste twee punten.

Het antwoord op de onder *a* en *b* genoemde bezwaren zou het volgende kunnen zijn. Het eerste is dat we ons moeten realiseren dat het met juridische acties net is als volgens sommigen met wapens het geval is: alles wat wordt uitgevonden wordt eens ook toegepast. Het komt niet voor dat er een goed en effectief wapen wordt uitgevonden dat vervolgens door verstandige mensen in een museum wordt opgeborgen. De uitvinding van de kruisboog leidt *echt* tot schieten; de uitvinding van het buskruit leidt *echt* tot ontploffingen en de uitvinding van de atoombom leidt *echt* tot Hiroshima. Het kan een tijd duren, maar eens wordt er óók een beroep gedaan, in een werkelijke juridische procedure, op al die verschillende generaties mensenrechten. Dat kan overigens wel een tijdje duren. Dat heeft voor het EVRM ook een tijd geduurd.<sup>55</sup> Decennialang is het niet voorgekomen dat het Hof in Straatsburg wetten van staten niet heeft toegepast wegens strijd met het verdrag, maar ineens komt dan verandering in zo'n situatie. Dat zal ook het geval zijn met sociale grondrechten en solidariteitsrechten, mag men verwachten. Wanneer men deze werkelijk de status van constitutionele rechten verleent, zullen zij eens als zodanig worden toegepast. In de wetenschap worden daarvoor reeds pleidooien gehouden.

Een tweede antwoord op de tegenwerping dat we sommige rechten eenvoudigweg als symbolen in constituties en verdragen kunnen handhaven zonder deze daadwerkelijk toe te passen, is dat het in de aard van het recht besloten ligt dat het moet worden toegepast. Recht *vraagt* als het ware om praktische verwerkelijking. Dat heeft niet alleen te maken met politieke druk die op rechters zal worden uitgeoefend om tot het toepassen van rechten over te gaan,

<sup>55</sup> Vgl. hierover: E.A. Alkema, *Een meerkeuzetoets; De rechter en de internationale rechtsorde* (rede), Tjeenk Willink, Zwolle 1985.

maar het is iets dat in de praktische aard van het recht zelf besloten ligt.<sup>56</sup> Het *kan* ook op den duur niet voortbestaan zonder praktische verwerkelijking. Dat is wat door aanhangers van de Amerikaanse 'sociological jurisprudence', in het voetspoor van Roscoe Pound, naar voren is gebracht met het onderscheid tussen 'law in the books' en 'law in action'.<sup>57</sup>

Ook hier zou ik dus willen besluiten met de conclusie dat onze zorg om de proliferatie van grondrechten terecht is. Het zal niet lukken bepaalde constitutionele rechten alleen een symbolische waarde te geven; inherent aan de aard van het recht is dat het vraagt om praktische toepassing.

Dan wil ik tenslotte nog een paar opmerkingen maken over de stelling dat proliferatie weliswaar plaatsvindt maar nog geen ondermijning van het gezag van constitutionele rechten tot gevolg heeft gehad. Hierop zijn verschillende antwoorden mogelijk. Het eerste is dat weliswaar mensen in de veronderstelling kunnen leven dat proliferatie geen vermindering van respect tot gevolg heeft gehad, maar dat dit een illusie is. Het is per definitie het geval, immers vele rechten moeten om de voorrang strijden en daarvan kunnen maar enkele claims worden gehonoreerd. Het mag dan zo zijn dat mensen zich dit psychologisch niet realiseren, naarmate meer mensenrechten worden erkend heeft dat tot gevolg dat die mensenrechten een geringere status krijgen.

Ook zou men zich kunnen afvragen of we niet een tijdselement moeten inbrengen. Het is inderdaad het geval dat voor velen 'mensenrechten' nog een klank heeft van verhevenheid. Men heeft de indruk dat het gaat om wezenlijke zaken, om belangen en rechten die niet met een gewone utilistische calculus tegen elkaar kunnen worden uitgespeeld, maar om grondslagen die altijd moeten worden erkend. Dat zou echter snel veranderen wanneer het grote publiek kennis zou nemen van wat tegenwoordig allemaal als mensenrechten wordt gepresenteerd. Wanneer eenmaal het onthutend perspectief van Kamminga op mensenrechten gemeengoed zou worden, zouden mensen er heel wat minder enthousiast voor lopen. Wanneer het Amerikaanse volk zich zou realiseren dat hun lot wordt beslist door de (oude) heren in het Supreme Court waarvoor het 'it takes five' het enig doorslaggevende is, zou het met het respect

56 M.J. Detmold, *Law as practical reason*, *Cambridge Law Journal*, 1989, jrg 48: 436: "Law is practical. Legal reasoning is practical reasoning. We could make nothing of a judge who having listened to counsel's arguments and reflected about the law governing his case thought that the state of knowledge that he had achieved was the natural termination of his enterprise and submitted his conclusions to the editors of Halsbury's Laws of England rather than performed the action of giving judgment. The parties would be outraged, and rightly."

57 Vgl. hierover C.J.M. Schuyt, *Recht en samenleving*, Van Gorcum, Assen 1983: 155 e.v.; D. Wigdor, *Roscoe Pound, Philosopher of Law*, Greenwood Press, Connecticut/London 1974: 183 e.v.; R. Pound, *The scope and purpose of sociological jurisprudence*, I, *Harvard Law Review*, 1911, jrg 24: 591-619; idem, II, 1911-1912, jrg 25: 140-168 en idem, 1911-1912, jrg 25: 489-516.

voor het instituut snel gedaan zijn.<sup>58</sup> Hoe men het ook wendt of keert, het publiek heeft in ieder geval de indruk dat er iets anders aan de hand is bij rechtspraak dan de gewone politieke belangenstrijd.

Maar hoe kan het dan dat het respect van mensen voor organisaties als Amnesty International zo groot is? Wanneer het met de profilering van mensenrechten werkelijk zo ernstig is gesteld valt dat toch niet goed te verklaren, zou men zeggen. Het antwoord ligt voor de hand: de reputatie van Amnesty is zo groot juist omdat dit een organisatie is die – geheel tegen de tijdgeest in – niet bezwijken is voor de verleiding steeds meer zaken in haar mandaat op te nemen. Het succes van Amnesty is eerder een argument voor dan tegen de proliferatiethese. Amnesty komt namelijk niet op voor de tweede en derde generatie van rechten, ook niet voor de *gehele* UV, maar voor slechts enkele klassieke vrijheidsrechten. Daaraan ontleent de organisatie zijn status en daarop is de reputatie voor mensenrechten in het algemeen zelfs voor een groot deel gebaseerd. Wanneer Amnesty International ooit het onzalige plan zou ontwikkelen om zich te gaan inzetten voor de erkenning van het recht op slaap en het recht om te genieten van kunst zou het met de reputatie van de organisatie heel snel zijn gedaan.

## 7 Kan Pandora's doos nog wel dicht?

Nu zou men kunnen stellen: Cliteur is onpraktisch, want we *hebben* nu eenmaal sociale rechten tot constitutionele rechten verheven. Schrijver dezes is een wat onpraktische *laudator temporis acti*.<sup>59</sup> Zijn standpunt is een gepasseerd station, immers sinds 1983 hebben we in Nederland een lijst met sociale grondrechten in de Grondwet opgenomen. Het lijkt toch weinig realistisch en wellicht ook onwenselijk om een constitutioneel proces, zoals dat sinds de Tweede Wereldoorlog zijn beslag heeft gekregen terug te draaien. Pandora's doos is geopend. Deze twee vormen van denken worden vaak tegen elkaar uitgespeeld, ook weer door Bryce die ik hiervoor heb aangehaald. Men wenst het telkens over hetzij de ene, hetzij de andere boeg te gooien, maar zouden we de twee perspectieven niet kunnen verzoenen? Misschien kunnen we stellen dat we voor de meeste gevallen van het beschermen van belangen door het recht *gewone*

58 Melone en Mace schrijven overigens dat in het begin van zijn optreden het Supreme Court zeer laag in aanzien stond. Men kon ook nauwelijks rechters van naam vinden die bereid waren daarin zitting te nemen. Vgl. de inleiding tot A.P. Melone & G. Mace, *Judicial review and American democracy*, Iowa State UP/Ames 1988.

59 Juristen hebben nog wel eens de neiging hun theorieën 'praktisch' te maken. Dat wil dan zeggen dat zij het zinloos achten te speculeren over zaken die politiek 'toch niet haalbaar' zijn. Dat is een ernstige verarming van de wetenschappelijke theorievorming en bovendien een onderschatting van de fantasie van de werkelijkheid: telkens blijkt weer dat er veel meer mogelijk is dan men voor mogelijk heeft gehouden. Het zijn moedige hypothesen die aan dit proces een bijdrage kunnen leveren.



*wetgeving* voldoende is. Hiervoor is de utilistische calculus toereikend. Het utilisme heeft echter grenzen. Er zijn belangen die we zó fundamenteel achten dat we deze willen onttrekken aan de beheersing door gewone democratische meerderheden. In een dergelijk geval proclameren we een bepaald belang als een constitutioneel recht. Dat is een nobel en honorabel streven, maar het is een maatregel waar we spaarzaam gebruik van dienen te maken. De traditie van het denken in termen van hoger recht kan immers alleen voortbestaan wanneer we daar zeer zorgvuldig en dat wil zeggen *zuinig* mee omspringen.

■